

婚外子の出生氏に関する研究ノート

反 町 め ぐ み

Abstract

This paper aims at examining the nature of family name which is registered in the family registration book at the time of a person's birth.

Article 790 of the Civil Code states that a child's family name shall be decided according to the family name of his/her parent. A family name of a legitimate child shall be the family name of his/her parents and a family name of an illegitimate child his/her mother (Art.750). It is stipulated in Article 791 that an illegitimate child is entitled to apply to a family court for changing his/her family name to his/her father's family name once s/he is acknowledged paternity by his/her father.

In such case, it may raise an issue whether an illegitimate child would acquire the father's family name at the time of a family court decision or s/he would obtain the father's family name which was already given at the time of his/her birth but has been subordinated to his/her mother's family name by the time of court's decision.

キーワード……婚外子の氏 出生氏 氏の変更

はじめに

民法790条は子の氏について父母の氏または母の氏を称するとし、親子の関係に基づいて氏が決定的であることを定める。子は出生と同時に氏を取得し、命名されてその氏名が戸籍に登録され、以後公的にその氏名で認識されることになる。この氏名を用いて人権主体として、あるいは取引主体として行動し、また、社会の中で個人が特定されるための指標となるのである。従って、氏の規定は戸籍と密接に関連付けられているが、取得・変更が原則として身分変動によるものである以上、民法の中で説明または解釈できるものでなければならない。

しかしながら、民法の中では親族・相続編以外の人についての規定はあっても、個人の特定に不可欠であるはずの氏名の変更等に関する規定はない。人の氏名を個人特定の指標とする社会の中で取引安全を図るには、民法全体を通して一貫した氏名の取得・変更のルールとその理由付けが必要である。虚偽の戸籍届出の取締りを強化するだけでは問題の根本的解決にならないだろう。この氏の取得変更のルールは親族編の中にも一貫して説明できるものではなく、戸籍記載上の便宜による解釈でしか説明しきれていない。たとえば、子の氏の変更を認

める民法 791 条は、婚外子が父の認知を得た後、父の氏へ変更する場合も含むと解されている。同条には子についての制限がなく、親と子の氏が異なる場合に同じ氏を称することができるように制定されたものであるが、婚外子が父の氏へ変更する場合は、それまで氏を同じくしていた母と子の氏が異なることを認めることになる。

また、出生氏はその後に変更された場合であっても、復氏する際には変更直前の氏とともに復氏として称する氏の選択肢にもなることから、各人が一生持ち続ける氏であるといえる。この出生氏は民法 790 条によって決定される氏であり、それとは別に取得原則についても統一的に解する必要があるだろう¹⁾。出生時に称する氏の決定は政策的問題によるものだが、出生時に取得する氏については、各人が一生保持し続ける氏であるといえる。現在の氏の諸々の解釈は出生氏と出生によって原始取得する氏とが混同されている点で問題がある。

本稿は、子の出生によって原始取得される氏が父および母の氏であることについて、戸籍法の規定に委ねることなく、民法上でその説明を試みるものである。また、嫡出子は、父母が婚姻のときに定めた氏を称する（民法 790 条 1 項本文、同 750 条）が、子の出生前に父母が離婚した場合は、子は離婚の際の父母の氏を称する（民法 790 条 1 項但書）とされており、出生時に父と母の氏が異なることを認めている。つまり嫡出子の場合であっても、民法 791 条による子の氏の変更について、新たな氏を取得するのか、それとも、出生と同時に潜在的に有していた一方の親の氏が顕在化するのか、という問題が生ずる。そこで、出生時に父母の氏が異なる婚外子の氏を中心にみていくが、嫡出子の氏についても必要な範囲で触れつつ、婚外子の出生氏について検討することとする。

一．婚外子の氏に関する従来議論

現行民法の下での、氏の取得変更の原理基準に関して、諸学説を丁寧分析した唄は、氏取得の基準原理がどのような身分と関連しているかという点に注目し、「人はまず出生により父母の氏または母の氏を取得するという意味で、親子関係が取得の基準をなす。そして、その変更は、夫婦たる身分の発生変更消滅に関連するものと、親子たる身分のそれに関連するものとがそのすべてである」²⁾と、出生によって取得する親子間の氏と、その後に変更される親子関係に基づく氏、夫婦間の氏を並列して諸学説を検討している。その親子間の氏の性質についての諸学説は以下の 3 つに分類される。

第一に、「家族共同体の名」とみる見解では、親子の氏は保育的生活共同体の名称であると説明される³⁾。親権を子の氏変更の基準とする説も含まれるだろう⁴⁾。第二に、個人の属する血縁集団もしくは血統の名称であるとする説がある。氏の取得は出生という血縁自体によるものであり、親から子へ、子から孫へと、血統によって取得されていくものであることから説明する。第三に、氏の取得変更の基準について戸籍法に法源を求める説がある⁵⁾。氏も本来は戸籍法上の存在であり、氏の規定は民法上ではなく戸籍法におくべきであるとする。

どの学説も一長一短があり、前述のように完全に説明できるものではない。まず、第一の立場では、現行の791条が単に「子」としている意味を説明できないし、791条4項もまた説明されない点で賛同できない。それに対して、第二の説では、明治民法下の氏は「家」の名であったが（そのため、どのような氏を名のるかは戸主の一存で決められ、法律上は氏から血統性は否定されていた）そうした制度が廃された現行法下では、親子の氏の同一は認められても、祖父母と孫との氏は同一のものはない。この点は戸籍法でも三代戸籍を禁じていること、祖父母と孫との間で養子縁組が認められることなどから、氏の血縁もしくは血統の範囲は民法上、親子間に限られており、血縁集団の名称というより、血縁は氏取得の契機にすぎない。なお、第三の説は、契約当事者など、個人特定の基盤となる氏名について民法で規定しないわけにはいかない上、氏名が一定の身分関係によって取得されるものである以上、戸籍法で取得原則まで定められるものでもない。よって、解釈論としては容易に退けられるものである。

この氏の性質の議論は、氏と戸籍との関係をどう考えるかという問題にも関連する。戸籍と氏を結びつけることは、氏を一定範囲の氏を同じくする団体を把握するための手段のように捉える危険をはらんでいるのである。つまり、現行民法がそれまでの「家」制度を排除しようと氏の規定に苦心した経緯を鑑みれば、第一、第三の説には難点が多く、親子間の同氏の説明には第二の説が妥当であるといえよう。ただし、子が取得する氏はかつての「家」の氏ではなく、出生当時の親の氏であるから、親子の関係は子の氏の取得の条件に過ぎないことは当然である。以上を踏まえた上で、婚外子の出生氏およびその変更についてのこれまでの議論をみていくこととする。

1. 婚外子の出生氏をめぐる従来の議論

(1) 現行790条の制定過程

明治民法[1947年12月12日改正前の民法]の下では、氏は「家」の呼称であり、戸主およびその家族はその家の氏を称する者とされていたから（明民746条）、子の氏も、その子がどの家に入るかによって決定されていた。父の家に入る嫡出子は父の家の氏（明民733条1項）、母の家に入る婚外子は母の家の氏を称するが（同条2項）、父の認知があった場合には父の家に入るため父の家の氏を称することとされていた。

現行民法が子の氏は出生によって定められるものとしたことで、氏は「家」の呼称から個人の呼称に改めたと一般に解されている⁶⁾。なお、親子同氏および夫婦同氏の原則については、以下のように説明されている。すなわち、親と未成年の子のように通常共同生活を営む者について同一の氏を称させることによって、その身分関係を明らかにし、また、他からもこれを容易に識別できるようにすることが実際の生活上も便利であることが多く、このような社会の構成単位であるいわゆる家族を構成する一定の身分関係にある者が同一の氏を称することは、家の制度が廃止された現在でも、国民の一般的な感情に合致する、というような理由である⁷⁾。

婚外子は、出生と同時に、出生の時の母の氏を称する（民法 790 条 2 項）。胎児認知がされ、出生の時に法律上の父がある場合（民法 783 条 1 項）、出生後の認知によって法律上の父親が出現した場合も同様に、子の氏の変更手続きによる。

（２）婚外子の氏の変更をめぐる議論

現行 791 条の制定過程

「家」の制度を廃して、氏を個人の呼称とする現行民法が 791 条で子の氏の変更の規定を設けているのは⁸⁾、日本では、特に共同生活関係にある親子の間では同一の氏を称したいとの国民感情が強く、こうした感情利益も無視し難いものがあるので、民法 790 条が子の氏の原始取得につき、氏を異にする親子が共同生活を営んでいる場合には、子の氏を変更することによって親と氏を同じくすることができるようにしておく必要があるという理由によるものである⁹⁾。条文についても、子と親が氏を異にする場合における氏の変更のための要件も一律には論ぜられないとして、新法の起草者たちも当初はそれぞれの場合における変更のための要件を規定しようとしたものの、最終的に親と子がたがいにその氏を異にするあらゆる場合における変更の要件を、家庭裁判所の許可一本にしぼった結果が、現行の 791 条の規定である¹⁰⁾。条文の形としてはすっきりしたものになった反面、規定の内容がきわめて抽象的で、個々の場合における許否決定の基準が不明確である上、子の氏の変更を家庭裁判所の許可にかからしめた趣旨そのものについても、必ずしも明らかとはいえない。なお、民法 791 条の子の範囲については氏の性質とも関連し、議論が分かれていた。親子間の氏の同一は、親子間に保育的共同生活関係の存在が予定される場合には本条を必要とする子は未成年または未婚の子に限られる¹¹⁾。対して戸籍先例では早くから未婚・既婚の区別なく広くこれを認めてきた。しかし本条は共同生活関係の有無や子の範囲を実体的に制限していないのであって、本条は民法 790 条の規定によって子が出生時に取得した氏が父または母の氏と異なる場合に、子が成年であると未成年であると問わず、広く父または母の氏へ変更する機会を与えているものと解される¹²⁾。

婚外子の氏の変更の要件に関する議論

民法 791 条により子の氏を変更するには、実体的要件として、子が父または母と氏を異にすること、手続的要件として家庭裁判所の許可を得ることが必要とされている。そのほか婚外子が父の氏へ変更する場合には父の認知を受けていることが必要である。なお、父または母が氏を改めたことにより子が父母と氏を異にする場合、父母の婚姻中に限り、家庭裁判所の許可を得ないで子は父母の氏を称することができる（民法 790 条 2 項）。家庭裁判所の審理の対象は、子の父または母との間に法律上の親子関係が存在すること、申立権者の申立てであること、子の氏変更の申立てが申立人の真意に基づくものであること、子と父または母の氏とが異なること、子の氏変更を必要とする理由が存在すること、とされる¹³⁾。

以下では、特に議論のある後者 2 つについて見ていくこととする。

ア) 子が父または母と氏を異にすること

まず、子が父また母と氏を異にする場合として、父母が離婚により父又は母の一方が婚姻前の氏に復している場合、父母の一方が死亡し、生存している父又は母が婚姻前の氏に復している場合、父・母が養子縁組により養親の氏を称している場合、父・母が養子離縁により縁組前の氏に復している場合、嫡出でない子を父が認知した場合、の5つに分けられる。このうち、前4つの場合には親の氏の変動によって子の氏と異なるに至ったものであり、最後の嫡出でない子（婚外子）が認知を受けて父の氏が法的に明らかとなった結果、父と子の氏が異なることになるため民法791条による変更が認められるのである。

ここで問題となるのは、子と親とが同一呼称の場合にも民法791条による子の氏の変更が認められるかどうかである。この問題については、氏の同一性が問題とされたが、現在は民法上の氏と呼称上の氏の二重概念を用いることで処理されている。たとえば、父母の離婚後にいわゆる婚氏続称・縁氏続称の届出をした者と、父母婚姻中の氏を称する子の氏とは呼称は同一であっても民法上の氏を異にし、この場合に親子の氏を同一にするためには本条の子の氏変更の手続きによらなければならないとされている¹⁴⁾。

しかし呼称には何の変更もない場合、この氏変更の前後で実際に変わるのは登録されている戸籍だけであり、それによる実体的な法律上の効果に差異はなく、このような場合に家庭裁判所の判断を求める必要があるのか疑問である。逆に、妻の連れ子で母と同籍の子は、母が離婚後婚氏続称した場合に母と氏を同じくするためには、民法上の氏が異ならないので本条1項の子の氏変更の手続きによることはできず、「同籍する旨の入籍届」で足りる¹⁵⁾。しかし実際には母の婚氏への変更が生じ、登録される戸籍も異なってくるのであるが、この場合には家庭裁判所の許可は不要とされている。実際に生じている呼称の変更に着目すれば、現在の扱いが逆であってもおかしくないという批判もある¹⁶⁾。

このほか、子と父または母と氏が異なる場合については、戸籍法107条による氏の変更があった場合や外国人の帰化についても氏の二重概念の使用に同様の議論があるが、本稿の着目する出生氏に関する議論ではないため、ここでは触れない¹⁷⁾。なお、民法810条が養子が実父母の氏へ変更するものとしているのは、養子は原則として縁組後引き続き養親の氏を称すべきであるとの趣旨を含むものと解されるから、養親との縁組継続中は民法791条によって実父母の氏へ変更することもできないとされる¹⁸⁾。

イ) 子の氏変更を必要とする理由が存在すること

これは、抽象的には子の福祉を害さないこととされるが、規定がないため、多くの学説は家庭裁判所に裁量権があることについては一致しているが、その具体的内容については様々に論じられている。具体的には実務の中でさまざまな解釈がなされており、「家庭裁判所は民法第七九一条の子の氏変更の審判に際し、法律上の親子関係があるか否か、同条二項の要件を具備しているかどうかの形式的要件の審査及び氏の変更が呼称秩序をみだすかどうかの判断だけでなく、改氏に異議をとる者があると思料される場合には、すすんで非嫡出子の保護と婚姻の

尊重という両面から関係人の利害感情を比較衡量し、改氏に反対する者の側の事情よりも、非嫡出子の保護を優先させるべき事情が存在するかどうかについても審理しなければならないと解すべきである」（新瀧家審昭和 46・12・21 家月 25・2・94）など、その範囲は広く解されている。特に、前述の裁判例のように、婚外子の「父の氏への変更」申立てに、父の本妻やその家族が反対している場合に、その反対をどう判断するかが、最も問題になっており、裁判所の判断は今も一定していない。氏というものを単に個人の呼称とみれば、考慮すべきでないことになる¹⁹⁾。一方で、夫婦親子の生活共同体とも無関係でないとみれば、父の婚姻関係者の利害感情をも考慮にすべきことになるだろう。

明治民法と異なり、氏の異同によって身分上の権利義務関係の生ずることのない現行法下においては、本妻の反対の故に申立人の本件申立てを却下する理由はないとして、父の本妻の反対の如きは特に顧慮する必要はないとする立場²⁰⁾に対して、父の認知した婚外子が改氏することによって婚姻家族と同籍になることは、嫡出子や正妻に強い不満を抱かせ、両性の本質的平等を宣言する憲法の下では、婚姻家族の反対は一種の社会生活上の利益保持の主張として法的保護に値する生活利益に準ずるものであるから、これを考慮するために家庭裁判所の許可を有するとしたとする考え方²¹⁾がある。

同居する父の氏への変更については積極的立場に立つものが多いが、同居関係にない父の氏への変更申立てについては、民法 791 条 1 項の子の氏の変更は常に共同生活関係にある親子の間でのみ許されるとの立場をとる説もある²²⁾。しかし、現に共同生活を営んでいる親子がたがいに氏を異にする場合が民法 791 条 1 項の適用される典型的な事例であり、子が父の氏を称することによって、特に利益をうけるような事情があるなどの子の福祉に合致する事情は、氏の変更を許可するべきであろう²³⁾。さらに、母の婚外子は母の戸籍に入るため夫の反対等考慮されないのに、父の婚姻家族の反対は考慮するのは均衡を失するとの批判もある²⁴⁾。

以上のような家庭裁判所の許可を要するとされた理由について、家名承継の感情的満足をはかるための子の氏の変更など²⁵⁾、現行法の精神に反するような氏の変更について、ある程度の国民感情に妥協せざるを得ないが、専ら濫用であると認められる事件につき却下すべきであるとされてきた。

しかし、子が新たに称しようとする氏は、父又は母の氏であって、それ以外の氏を称することはできないのであり、すでに父又は母が離婚、養子縁組等により現在称している氏を称するのであるから、氏が家名であった時代の因習的感情にとらわれるとの懸念はなく、これを許否の判断基準の一つとする理由に乏しいとする説が多い²⁶⁾。たとえこのような目的であっても、そうした子の氏の変更が呼称秩序を乱し、濫用のおそれを生じさせるものとはいえない²⁷⁾。また、子の福祉の観点からも、家名の承継を目的とする申立てが必ずしも子の福祉を害するとはいえず、本条が特に父母の生存中に限り申立てができるとする制限を設けていないことからしても、これを一概に否定すべき理由はなく、具体的な場合に依じて家庭裁判所の判断に任せる

べきであるとする主張もなされている²⁸⁾。家名の承継を尊重すること自体が直ちに戦前の家制度の復活につながるわけではないし、子が父または母の事業継続の必要やその他具体的な理由がある場合も考えられるのだし、仮に家名に対する感情的な愛着だけが理由だとしても、それを求める国民感情が違法でないのはもちろん、公序良俗や憲法秩序に反するとまではいえないのであって、このような国民感情もあえて保護するに値しないとまでいうことには無理があり、また国民の間に存するさまざまな考え方や生活様式については、その多様性を肯定し、可能な限り尊重すべきであるから、これを積極的に解すべきものと考えられている²⁹⁾。

子の法的権利義務により深く関わる家名承継を目的とした養子縁組による氏の変更や、協議離婚の際の子の親権者の決定に比べ、子の氏の変更の場合には、上記のようなきめ細かい配慮のもとにその申立てが審理され、明確な基準のないまま家庭裁判所ごとに判断も分かれている状況にある。

2. 従来の議論にみる婚外子の氏の理解

婚外子の氏の取得と父の氏への変更を考えると、結局出生氏はどこから生じているかをはっきり定義する必要があるだろう。つまり、嫡出子のようにすでに取得した父母の氏がその後父母の身分変動によって子の氏と異なるようになったとき、変更前の氏も変更後の氏も明らかであるのに、婚外子の場合には取得する氏は母の保持する出生氏なのか、出生当時に母が称している氏なのか、単に戸籍編製の説明によらず民法上で解釈できるようにしなければならない。

また、親子間の氏の承継と財産相続について、明治民法下では、「家」の承継はそのまま家産の承継であり、家の名前である氏も、養子縁組とともに当然に縁氏に改められた。現在は既婚者が養子になる際、養子の婚氏がそのものの氏である場合には、養子夫婦とともに養親の氏を称するとする民法810条但書は、婚姻後の氏の変更が、自己の身分変動によるのではなくして、婚氏として出生氏が選ばれた方の配偶者の身分変動のみによることになる。このとき、養親子間の同氏原則よりも、夫婦の同氏原則が優先されるのであり、養子縁組と氏と財産承継は必ず連動するものではない。ただし、祭祀財産の承継とは実質的に相続であって、この限りで氏と相続との関係は完全に分離されていないといえる³⁰⁾。この点で、氏の承継が財産の承継と結び付けられてきた歴史的背景から、嫡出子と婚外子の氏の出生氏の異なる扱いを説明することも考えられる。しかし、氏の承継を諸外国のように財産権的構成から説明するには、日本での氏名権侵害の訴えはその氏の社会的認知度などにかかわらず判断されてきており³¹⁾、その申立て自体も非常に少ない。従って、財産的構成は民法上の氏の取得・変更の説明が一貫していない現時点では難しいだろう。

次章では、婚外子の氏変更の許可基準について、特に婚姻家族が別にある場合の婚姻家族の保護と婚外子の福祉とが対立する場合における裁判所の判断をみていくこととする。

二．婚外子の父の氏への変更に関する判断状況

子の氏変更についての家庭裁判所の判断基準は前述のように明確な基準はないものの、名古屋高決昭和 44・4・25（家月 21・11・128）の「家庭裁判所は氏の変更に意義を申立てる側の利益をも十分検討し、両者の利得損失を比較勘案の上、許否を決すべき裁量を有すると解せられる」としているが、最近では、子の利益の保護を重視する傾向にあり、たとえば、現監護者である亡き母の兄は母の氏から父の氏への変更に対抗しているが、東京高決平成 10・1・19（家月 50・6・77）は、子は近い将来父と同居することが予定されており、子と父が交流を深めていく上で同一の氏を称することは親子間の精神的・心理的同一性を図るための一助となるのであって、氏の変更を許可することを不相当とする理由はないとして氏変更を許可した。子の氏の変更許可基準の全体からは子の福祉を重視する傾向が強まっている例ともみられる。

しかし、婚外子の氏の変更については、前章でも触れたように、特に重婚の内縁の場合の婚姻家族からの反対がある場合にはいまだ判断が分かれている。まず、こうした事例での裁判例を整理した後、婚外子の氏変更と関連するその他の事例を紹介し、婚外子の氏の変更に関する裁判所の判断について検討していくこととする。

1．婚姻家族の反対と子の福祉についての判断

親と氏が異なる場合のうち、婚外子の親に他の婚姻家族がある場合に、特に父の婚姻家族の反対がある場合が多く、父の妻・嫡出子の反対をどのように考慮するかについて意見が分かれている。父の婚姻家族による反対理由は、婚外子の氏が父の氏へ変更された場合、同氏同籍の原則によって婚外子は父の戸籍に入籍することになり、これによって妻子の精神的混乱や嫡出子の将来の諸々の社会的不利益が予想されるという理由で反対されている。

婚外子が成年者の場合、学説の多くは、民法 791 条は未成年者の福祉を図るための規定であるとして成年者への適用に消極的であるが、事例は少ないながらも、民法 791 条による氏変更が認められているものが多い³²⁾。しかしながら、審判例の多くは、子の幼稚園や小学校入学に備えての未成年者によるものである。

まず、父と同居する婚外子の場合、小学校入学の年齢から、氏変更の必要性を認められているようである³³⁾。また、病院などで通称として名乗る父の氏と異なる戸籍上の氏で呼ばれた際に怪訝な表情を見せるなど、自己の氏を父の氏と認識している 6 歳児について、父の氏へ改めるのが子の福祉にかなうとしながら、正妻からの反対理由にある嫡出子の中学受験への不利も根拠のないものといえず、さらに、係争中の離婚訴訟への影響も考慮すると当分は父の氏への変更を認めないのが相当だとしている³⁴⁾。他にも、同居中の父の氏を称することは子の福祉のため望ましいと認めながらも、婚外子の年齢（6 か月）などからみて、いま直ちにその氏を父の氏と同じにしなければ社会生活上特に不利益を受けるような事情にあるとは考えられない上、母との同棲生活によって婚姻関係を実質的に破綻させながら、妻に誠意をつくさず、あたかも

当然のこのように子の氏の変更を求めるものであるから、妻が氏の変更に関し強く反対する心情は、単なる感情上の利益にとどまらず、一種の社会生活上の利益保持の主張として法的保護に値する生活利益に準ずるものであるとしてこれを却下することとしている³⁵⁾。他にも、3～5歳の例でも、直ちに氏変更しなければ子の福祉に反する事情がないことを理由に認められていないようである。他にも、同居の父の氏への婚外子の氏変更申立ては、本人のためというより父の氏を通称とすることで両親が正式な婚姻を装っている状況を守るためであって、倫理的に相当とは言えない、などの理由で変更を認めない例が多いようである。

次に、父と同居していない婚外子については、同居の母と氏が異なるようになるのはかえって子の福祉に反する結果を招く恐れがあるとして認めない例がある³⁶⁾。逆に、同居の父母と氏を同じくするために設けられた立法趣旨からは、消極的に解されているようである。しかし、同居していない父の氏へ変更することが特に子の利益になると認められる事情がある場合には子の氏変更を認めるとする例もある³⁷⁾。

以上のように、婚姻家族側が反対している場合の許可基準については、婚姻家族の反対の有無にかかわらず、婚外子の福祉を基本に決定すべきとするものと、婚姻家族の反対がある場合には氏の変更を認めるべきではないとするものとの判断が相半ばしていた中で、次第に両者の利益とを比較衡量して判断するものが増えているようである³⁸⁾。なお、そうした比較衡量に際して、婚外子の保護を優先させる事情の存否をまず判断しなければならないとしながらも³⁹⁾、婚姻関係破綻の責は父にあり、父と同居する婚外子もいまだ幼年である場合には、父の氏へ改めるのが子の福祉にかなうとしながら、子の氏をすぐに変更しなければならない必要性を欠くのであり、妻の反対を尊重すべきであるとして氏の変更を認めない例が多い。

2. 裁判例の判断の変遷と背景

婚外子の父の氏への変更申立ては、成年の子については、子の氏変更の本人の意思に任せられ、父の婚姻家族の存否にかかわらず許可基準も緩やかであるように思われる。

それに対し、重婚的内縁での見成年の子の場合には、昭和30年半ばから40年代にかけて、子の福祉優先説と婚姻家族の反対重視説が並行主張され、50年以降になると、事例ごとに、総合的判断のもとに比較衡量されている。正妻の反対は婚外子の入籍に伴う感情的理由によるもので、氏や戸籍の異同は現行民法上の権利義務関係に影響しないのだから、子の福祉を重視すべきであるとして、氏変更に関し積極的であった⁴⁰⁾。これは、明治民法の家制度解体に向けて、氏を個人の呼称とする方向に関心が向けられていた。また、父と氏を同じくすることで、当時の婚外子に対する強い非難から子を守ることに注意が払われていたためと思われる。

一方で、婚姻家族の平穏を守ることが重視された背景には、核家族化の進行や、性別役割分業化などが考えられ、依然として社会的な婚外子への否定的感情も強い中で、進学・就職の際に戸籍提出が求められる機会も増えるようになると、裁判所による強固な氏の個人呼称説と、

一般の氏や戸籍に対する社会的認識との矛盾が大きくなり、婚外子の入籍に対する婚姻家族からの反対を無視できない状況になったものと思われる。そのため、正妻らの反対は単に感情的根拠といえず、現行身分制度上、婚外子が不利益を被る結果はやむをえないものとして、婚外子の父の氏への変更に消極的判断を下す例が増加していった⁴¹⁾。

現在、審判例の主流は、婚外子の福祉・利益と本妻ら法律婚家族の利益とを比較衡量して判断するものであるが、その比較衡量にあたっては、父の婚姻破壊に対する有責性や婚姻費用分担義務・子の養育義務の不履行などの事実から、婚姻家族側の反対に十分な理由が認められる場合には、変更を認めず⁴²⁾、父が一定の配慮や努力をしていれば変更を認める⁴³⁾という傾向にある。これは、婚外子の氏の変更の処理を有責配偶者の離婚請求と同じ論理で処理している。つまり婚外子の氏の変更の問題を、「家族再編のプロセスと見て、氏の変更がこのプロセスを阻害するときには、当面、変更を認めず、夫側に誠意を求める」⁴⁴⁾のである。

同居する父の氏への変更については、通称として使用している父の氏への変更は子の福祉にかなうものであることは一致して認めながらも、婚姻家族の反対を考慮するのは、家族関係の調整の必要や婚姻関係破綻の責のあるものの利益を認めることは倫理的に許されないとする懲罰的趣旨を含むようである。東京家審昭和 47・8・8（家月 25・8・56）⁴⁵⁾は「婚外子の認知事項は既に夫の戸籍に記載されており、婚外子の存在は既に戸籍上明らかになっている以上、さらに一歩進んで子の氏変更により入籍しても、戸籍上表記されていることには実質的な違いはないといえる」としているところであり、婚外子の存在と家庭の平和の問題は夫婦関係調整等の家事調停により根本的に感情の対立等を解消するべきであって、子の氏の変更をめぐる反対感情の判断のなかに持ち込んで論じるべきものではないとするものがある⁴⁶⁾。

婚外子の氏変更に対する父の婚姻家族の反対は、婚外子の同籍によって受ける不利益と感情的反感によるものである。しかし、現在戸籍謄本・抄本自体を提出・閲覧する機会はまだである。婚内子と婚外子の区別を不要とする説も多く見られる中、父の責を子に負わせることが正当化される根拠は薄くなっている。

それに対して、婚外子が親との同氏を望む傾向は根強く、通称として父の氏をもちいている場合であっても、子の年齢が低い場合には直ちに変更する必要がないとして変更を許可しない例が多いが、実際には前述のように戸籍名と通称名が異なることへの規制も強まっている。

家庭裁判所の判断基準とする婚姻家族の反対理由を、将来の不利益とするには現在日常生活における重要性が低いといえるし、感情的反感から父の責を婚外子に負わせる意味で婚外子の氏の変更を認めないのは、婚外子の氏変更の自由を制限する根拠に欠けるものである。現行身分制度上、婚外子の不利益はやむをえない、とする裁判例も多いが、両親が法律婚であるか否かは子に責任のない事柄であるし、父と婚姻家族との紛争は別の手続きで解決をはかるべきであって、夫婦間の紛争を婚外子の氏の判断に持ち込むべきではないだろう。

三．婚外子の出生氏の解釈

1．婚外子の出生氏とは

子は親の法的婚姻関係の有無にかかわらず、出生によって父の氏と母の氏の両方を取得し保持するが、登録できる氏は民法 790 条によって決定される。婚外子は父の氏が不明なので母の氏を登録するが、認知を受けた後は、法的父が確定するので、この氏に変更する機会を得るものと説明できる。嫡出子は明らかになっている父母の婚氏を登録する。その後、それまで明らかでなかった一方の氏が明らかになった場合に、子の氏の変更ができるものと解される。準正子も同様に、法的父母の氏が明らかになった時、これに変更することができる。

出生当時、嫡出子であっても、後に民法 790 条 2 項に従って母の氏を称するとされる場合がある。たとえば、嫡出否認後の子の⁴⁷⁾氏については、父母離婚後 300 日以内に出生した子は、民法 772 条の嫡出の推定を受ける子であるから、民法 790 条に従って父母離婚の際の氏を称するのが原則である。しかし、戸籍上の父との間の嫡出否認または親子関係不存在確認の裁判が確定すると、父との関係が否定される結果、子は嫡出でない子として出生当時の母の氏を称する⁴⁸⁾。このように、現行民法は出生当時を基準として氏を取得するという原則を厳格に貫き、後に事実と反することが明らかとなった場合には変更されるものとしている。こうして厳格に定められ、生涯保持する氏が出生氏であるから、出生と同時に父母双方の氏を取得し、一方の氏を登録し、後に親の離婚や認知によって他方の親の氏が明らかになった場合に親の氏へ変更することができるものと解するのが自然であろう。子の氏が親子関係によって出生と同時に潜在的に取得した氏へ変更するものであるから、親権その他の権利義務関係と氏との関係がなくとも、子の氏の変更は民法 791 条の簡易な手続きだけで許されるのである⁴⁹⁾。

民法 791 条の子の氏の変更が、子が父又は母と氏が異なる場合に同居する親と氏を同じくすることができるように設けられた規定であることは前述のとおりであるが、子の出生前に父が死亡した際または父母が離婚した場合にも嫡出子は夫婦の氏を称するとしたのは、もともと同居する母と子の氏が異なることを想定した規定であり、父の氏を称することを一種の権利とするような父系的親族呼称の名残りといえそうである⁵⁰⁾。また、婚外子の氏の変更についての家庭裁判所の許可についても、母の婚外子については母の婚姻家族の反対は考慮されることはないのに対し、父の婚外子については父の婚姻家族の反対を考慮するというのはやはり均衡を失する制度である。

ここで子が変更できる氏は、将来成年した際に復氏できる氏である。たとえば婚氏続称後の氏の変更（戸籍法 107 条）の例で何度か氏の変更を繰り返した場合には出生氏へ戻るのが本旨であり「理にかなう」とした裁判例があるが、民法 791 条 4 項のいわゆる成年復氏⁵¹⁾についてはどの氏でも良いとされている。この未成年で改氏した者の復氏を許す規定は、氏変更の後も出生氏を保持し続けることを裏付ける。

父母の離婚によって親子の氏が異なっても、氏が単なる個人の呼称であるならば、民法 791

条は必要がなくなる、もしくは、現在のように頻繁に用いられることはなかっただろう。しかし今も民法 791 条に基づく子の氏の変更が行われている。こうした申立て手続きにかかる労力と費用の面からも、子の氏についてできるだけ容易な変更手続きが求められているのである。

前節では、婚外子の氏の変更について裁判所は、重婚的内縁の子の氏の変更については婚姻家族の反対がある場合にはこの反対を尊重して子の氏変更を認めない例もあるが、全体として、子の福祉に適うものである場合には氏の変更を認めていることがわかる。通称として父の氏を使用する婚外子の氏変更を認めないことは、戸籍名の使用を促すことでこの傾向に合致する一方で、幼少から自己の氏を父の氏と認識している子に対して、戸籍名と通称名の使い分けを強要している。現在、社会的活躍の場は広がりネット取引など戸籍名と通称名が異なる機会が多くなる一方で、戸籍名への縛りつけともいえる氏名の法的規制は強化される傾向にある（様々な場面での本人確認のための公的書類の提示・提出など）。反対に、この変更を認めることは、戸籍名と実生活で使用する氏の一致を実現し、戸籍名への縛り付けの傾向に合致する。子の年齢が低い場合であっても、自己の称する氏との人格的同一化が高まっている言い得ることから、戸籍名と通称の乖離が幼い子の福祉に支障なしとは断じられない状況にある。

子の氏の変更は、父または母の氏への変更に限定されているのであって、氏変更規制の第一の理由である呼称秩序の維持に支障がないことは明白であるから、自己の氏の変更の機会をできるだけ広く認めるべきであろう。

2．最近の民法改正の動向と子の氏の解釈

現在の民法改正の動向のうち家族法分野について、「特別座談会・家族法の改正に向けて(上) 民法改正委員会の議論の現状」⁵²⁾からうかがうことができる。このうち、婚姻法と離婚法についての「大村報告」⁵³⁾では、氏(改正要綱第三・四の問題)の問題に関しては、基本的に選択的夫婦別氏を導入すべきだとしたうえで、子どもの氏について複数の子がいる場合に、子の氏を統一するという限度で氏のレベルでの家族の一体性に配慮した、条文素案「その2」の0-9条甲案をあげている⁵⁴⁾。

また、家族の一体性の確保という観点からはその後に示した乙案で、仮に別氏を選択したとしても、その上で共通の氏を称することを可能にする途も提示されている⁵⁵⁾。

この素案も平成8年の改正要綱から修正されているが、子の氏については、甲案、乙案とも別氏夫婦の子の氏について夫婦が子の氏を定めるとしており、子の氏について合意がない場合の定めを欠いている。また、そのほかの子の氏の定めは現行の790条のとおりなのかについては明らかではない。子の氏の決定と夫婦の氏とを統一して規定しようとする点は評価できるが、この改正案では、夫婦が子の氏を定める場合と、民法によって出生と同時に氏が定まる場合とが生じることになる。

その点でも、子の取得する氏と、称する氏との区別を確認する必要がある。子の氏は父およ

び母の氏を承継するのであって、公的に登録できる氏は民法上明らかになっている氏に限られているに過ぎないことを確認しておく必要がある。現行法では、嫡出子の氏は父の氏と母の氏のうち、一方の氏だけが民法上の夫婦の氏として明らかになっている。この夫婦の氏を出生によって取得し、婚外子は、父の氏が明らかでないため、母の氏のみ登録することになる。また婚外子が父から認知を受けた場合に法的父子関係が発生し、出生と同時に取得した父の氏が民法上も明らかになるため、民法791条によって父の氏へ変更することもできる。上記の選択的夫婦別氏制の下での子の氏も出生によって父の氏と母の氏を取得していると考えられるが、現行法では出生と同時に父の氏を名乗ることはなく、まず母子関係が出生と同時に発生することから、第一に登録できるのは母の氏であり、後に民法791条に従って父の氏へ変更できるものと解すればよいだろう（その場合は準正子と同様に戸籍法上の届出だけで足りる）。

別氏制議論の中で論じられる子の氏の規定については、子の氏を夫婦の合意によって定める案が提案されている。しかし、夫婦の氏を一方の氏に変更することに合意できないことから婚姻をためらうケースがあることから考えれば、同様に子の氏について合意がない限り婚姻できないことになり、本末転倒ではないだろうか。氏は名と異なって、出生と同時に取得した氏のうち、父母のどちらの氏を称するものかを法定する点に利点があり、取得方法を複雑にすることや、夫婦その他の合意によって称する氏を定めることが氏名の人格性を構成するものでもない。社会生活上の不便等の回避のために出生後にも氏を変更できる途を広く設けることこそ必要といえる。

また、最近の民法改正の動向として、嫡出子と婚外子の区別をなくそうという動きもあり⁵⁶⁾、氏の選択肢の自由化が実現には、いわゆる人格権を基礎にした氏の決定方法⁵⁷⁾は必要である。しかし、前述のように、本人の人格権と氏の変更方法には密接な関連があっても、人格権と氏の取得方法には必ずしも結びつけて考えられるものではない⁵⁸⁾。

氏を個人の呼称とわりきろうとすれば、現行民法が共通の氏だとか同一の氏だとかいう観念の上にならざる規定していることを説明することができない。たとえば、現行法の氏は統一的原理によるものではないと理解しても、民法全体の中での「氏」の地位づけということを念頭におくと、(契約時などで)当事者氏名の表示を通じての個人の特定等に重要な意味を持つ氏の規定は、民法を通して統一的理論によって把握されるものでなければならぬだろう。また、「氏」を戸籍法上の存在であるとする理解についても、解釈論としては本末転倒であるし、個人の他者との区別の指標として、容易に変更を認めないよう法的に規制されている氏は、単なる手続的な概念としてその本質が戸籍法上のものであるという理論づけを許さないはずである。

おわりに

法律上の氏は、先祖代々承継されたものではなく、父又は母の氏から受け継ぎ子の氏として法定されたものである。しかし、親の氏と子の氏が同一呼称である場合について、変更申立て

が却下された事案である熊本家審昭和 39・1・31（家月 16・5・161）は、「……氏の呼称の異同を離れて、氏の異同を論ずるべきではなく、その呼称が同一である限り、その縁由いかんやその戸籍の異同にかかわりなく、同一の氏とみるのが民法を一貫する法理に即した解釈」だとし、「家庭裁判所はその制度の本質からみて、法律上も社会生活上もなんらの意味をもたない戸籍編成上の問題について判断すべきものでなく」、「家庭裁判所に与えられた権限と関係がない」として変更を認めなかった。この氏の同一性について、仙台高決昭和 45・5・25（判時 599・43）は、「たまたま両者が同一字体同一呼称であっても、法律上の氏としては互いに異なるもの」という。子の氏が先祖代々からの血縁性によって決定されたものではなく、父母、父または母の氏を受け継ぎ、法定されたものであることを法律上の氏という区別を使って明らかにしている。

また、親が子と同じ氏に変更したい場合には、戸籍法 107 条による氏変更を申し立てることで解決できるだろうが、民法には親の氏変更の規定はない。特に子についてだけ氏の変更を認めているのは、子の氏は他方の親の氏から承継した氏を含むのであり、性質の異なる子の氏に容易に変更できる手続きを持たない、と解する。

子の取得する氏について、嫡出子と婚外子とに分けて別々に解釈してしまったことで、前述したように、婚外子の氏の変更の際に家庭裁判所が父の責を子に負わせるような判断も未だ多い。たしかに、婚外子の氏の変更は、婚姻家族の戸籍に入ることによる現実的な不利益等を考慮する必要性は認められる。しかし、現在の社会的状況から戸籍の婚外子同籍の記述が実生活に及ぼす不利益と、通称名と戸籍名の不一致による不利益とでは、後者を救済する必要性が高まっている上、幼年であっても自己の氏名に対する人格的同一化は強くなっている状況をあわせて考えなければならないだろう⁵⁹⁾。

婚外子の氏の変更は、出生によって取得した氏への変更であって、家庭裁判所の審査も子の福祉に反しないものである場合には成年復氏の際の選択肢の幅を増やしておくという意味でも、できるだけ氏の変更を広く認めていくべきであろう。

<注>

1) 子が出生時に父および母の氏を取得し、保持するとする説は、澤田省三『夫婦別氏論と戸籍問題』（ぎょうせい、1992年）、川上房子「妻の出産した婚外子」婚姻法改正を考える会編『ゼミナール婚姻法改正』（日本評論社、1995年）242-243頁参照。親の出生氏が取得されるとしても、それはどの氏を指すのか。出生氏の潜在的保持を説く学説も説明を欠いているが、これは親の婚姻前の氏（未婚の親の場合は、子の出生時の氏）と考える。

2) 唄孝一「『氏』をどう考えるかということ」『戦後改革と家族法 - 家・氏・戸籍』（家族法著作選集第1巻、日本評論社、1992年）128頁以下。

3) 外岡茂十郎「氏の同一性」我妻栄ほか編『家族法の諸問題』（我妻先生追悼論文集、有斐閣、1952年）。「新法は、子が出生によつて取得すべき氏を、親と出生子とにとつて構成される保育的共同態の名称としての、親の氏によつて定めることが、最もよくその子を表彰しうるものとしている」（464頁）。「嫡出である子が父母の氏を称し、嫡出でない子が母の氏を称するということは、出生によつて取得される子の氏が、親と出生子とによつて構成される保育的共同態の名称としての、親の氏によつて当然定まることを意味するに止まる」（465頁）。同「氏とその法理」新田豊編『身分法と戸籍』（戸籍制度80周年記念論文集、帝国判例法規出版、1953年）の112-113頁、113-114頁も同様である。なお、『身分法と戸籍』所収の我妻栄「家と氏と戸籍」266-267頁では、保育関係にある親子共同体をもって氏共同体としようとしても、それ

は氏共同体を作り得る間柄だということができるだけであり、この説では婚姻したり成人に達した子は、呼称は同じでも別の氏になり、その後は父母の氏に変わることができないものとしなければならないが、これは新法の解釈としては無理であろうと批判する。

4) 山川一陽「夫婦の氏、親子の氏 呼称上の氏と民法上の氏の検討を通じて」石川稔・中川淳・米倉明編『家族法改正への課題』(日本加除出版、1993年)。民法791条の規定が子についての制約を置いていないことについて「このように子が父又は母の氏を称する必要性は、子が未成年であり親権に服しているような場合にこそ意味があるということができよう。子が成人に達しているような場合において、なお、父又は母と氏を同じくしてその戸籍へ入籍することにこだわること自体が、氏の個人の呼称性を弱くし、旧法における家意識に通じるような扱いであるということが言えないであろうか。かような意味で私は、基本的には民法第971条の規定が適用されるのは未成年者にかざられるという扱いでいいのではなかろうかと考えている(同条4項については別に扱っていいであろう)」(109頁)。

5) 成毛鐵二『戸籍実務から見た親子法と戸籍法の問題点』(日本加除出版、1956年)。また、立石芳枝「家族の氏と戸籍」星野英一ほか編『私法学の新たな展開』(我妻栄追悼論集、有斐閣、1975年)等。

6) なお、棄児のように父母の双方ともに不明な子の氏については、民法上規定がない。このような棄児も、本来は婚内子が婚外子かの子のいずれかであり、潜在的には民法上の氏は定まっているはずであるが、父母がともに判明しないために、子の氏も不明の状態になっているものである。このような民法上の氏の不明な者についても、戸籍を編製する必要上氏を定めておく必要があるため、市町村長が子の氏名を付け、本籍を定めることで、新戸籍を編製するものとしている(戸籍法57条2項、同22条。後に父または母が明らかになり、棄児を引きとったときには、本条1項または2項の区別に従い父母または母の氏を称して、その戸籍に入ることになる)。

7) 島津一郎・久貴彦彦編『新・判例コンメンタール12 親族(3)』(三省堂、1992年)153頁[原田晃治]。

8) 疑問を提示するものに、小石寿夫「子の氏の変更 婚外子の父の氏への変更はどのような場合に許されるか」判タ250・144以下。

9) 我妻栄編『戦後における民法改正の経過』(日本評論新社、1956年)152頁以下。

10) 我妻・前掲注9)『戦後における民法改正の経過』156頁。

11) 外岡茂十郎「改正民法における氏の研究」『親族法の特殊研究』(敬文堂、1950年)60頁、他。

12) 我妻栄・立石芳枝『親族法・相続法』(法律学体系コンメンタール篇4.民法、日本評論社、1952年)204頁、青木義人『戸籍法』(法律学体系コンメンタール、日本評論社、1961年)241頁、中川善之助編『注釈民法22巻の』(有斐閣、1971年)[沼辺愛一]他多数。

13) 中川善之助・米倉明編『新版注釈民法第23巻 親族(3) 親子(1)』(有斐閣、2004年)622頁[梶村太市]。

14) 東京高決昭和54・9・14(東高民時報30・9・221、家月31・11・85、判タ401・151)は、「民法791条1項の『子が父又は母と氏を異にする場合』というのは、条文の位置や立法の趣旨から、民法790条によって取得した子の氏が父又は母の氏と異なる場合をいうものと解すべきである」と判示して、婚氏続称による氏を本条により父母の氏に変更することはできないとしている。なお、縁氏続称の届出があった場合も同様に、その者は本条1項により縁組前に氏を同じくしていた父又は母の氏に変更することはできない(林良平・大森政輔編『親族法・相続法』(注解判例民法4、青林書院、1992年)252頁[南野総])。

15) 前掲注13)『新版注釈民法(23)』625-626頁[梶村]。

16) 房村精一「戸籍の編製と氏(中)」戸籍585・10以下。この論文を評価しているのが唄孝一「選択的夫婦別氏制(2) その前史と周辺」ジュリ1128・61である。ほか、梶村太市「『民法上の氏』『呼称上の氏』考」『現行戸籍制度50年の歩みと展望』(戸籍法50周年記念論文集、日本加除出版、1999年)957頁では、現行戸籍実務では離婚届と婚氏続称の届出が同時になされた場合、離婚と同時に婚姻前の氏に復氏し、すぐに婚氏に変更されると解されるが、これは、民法767条1項の離婚復氏の原則と同条2項の婚氏続称制度とは原則と例外のような関係にあるものとして一体的に理解し、離婚によって氏を改めた夫または妻は、上記のいずれかの方法を選択できることを認めたものと理解することも不可能ではないのだから、子の氏変更は離婚の際の婚氏続称による氏と同じく広義には離婚という身分変動の効果に伴うものと解する余地が出てくることになる、として、現在の戸籍実務の考え方に修正を促す解釈を示す。

17) 戸籍法107条による氏の変更を単なる呼称上の氏の変更であるとする戸籍実務の解釈に対して、こうした二重概念なしに戸籍運用が図られないものかどうかをさらに深く検討しなければならないとする意見も多い。そうした意見については、前掲注7)『新・判例コンメンタール12』160頁[原田晃治]や、梶村・前掲注16)『『民法上の氏』『呼称上の氏』考』等を参照されたい。さらに、戸籍法107条2項の国際結婚による氏の変動には疑問視する論文が多い。これについては、山川陽一「国際結婚に伴う『氏』の変動について」家月33・5・17、石黒一憲「人の氏名に関する国際司法上の若干の問題」家月32・5・1等参照。

- 18) 前掲注12)『注釈民法(22)』391頁[沼辺]、昭和26・1・23民事甲20号回答、昭和41・3・17「第80回戸籍事務連絡協議会決議」家月18・8・151。
- 19) 中川淳『家族法の現代的課題』(世界思想社、1992年)124頁、二宮周平・家族法判例百選第6版63頁参照。氏の呼称性を重視する人格権としての氏名権の考え方からは、呼称秩序を乱すことがない限り子の氏の変更に第三者が異議を唱える余地はなくなるので、子の意思が判断基準となる(15歳未満の子であっても法定代理人が子にとって利益になると判断した場合は、その真意を審理するにとどまることになる)。
- 20) 我妻栄『親族法』(法律学全集23、有斐閣、1961年)314頁。「新法の下では父の妻が反対するのは、自分たちの氏を称させたくないという感情の問題に過ぎない。家庭裁判所として顧慮する必要はないと思う」。他に、我妻栄・立石芳枝・唄孝一編『親族法』(判例コンメンタール、コンメンタール刊行会、1970年)265頁[石川稔]等。
- 21) 田中加藤男「婚外子の父の氏への変更について」家月22・8・5以下等。
- 22) 外岡・前掲注3)「氏とその法理」109頁。
- 23) 小石・前掲注8)「子の氏の変更」144頁以下。
- 24) 宮井忠夫「非嫡出子の氏の変更 許可審判の基準を中心として」『実体法と手続法の交錯(上)』(山木戸先生還暦記念論集、有斐閣、1974年)359頁等。妻が夫以外の男性の子をもうけた場合には、嫡出否認や親子関係不存在確認の訴えで夫との父子関係が否定されても、婚外子は母の氏を称する。そのため、母の婚姻家族の戸籍に当然入籍することになり、母の婚姻家族の意向は考慮の余地がない。同じ非嫡出子であっても、父の婚姻家族の意向のみ考慮するのは均衡を失する。
- 25) なお、子の氏の変更の要件である家庭裁判所の許可について、その第一の目的は氏=「家」とみるような家名意識に基づく親の恣意的な子の氏の変更を排除することにあつた。前述の福岡高決昭和46・8・9家月24・11・39の原審の不許可も家名意識を理由としていた。こうした家名承継の目的が認められる子の氏の変更について、許可例として徳島家審昭和45・2・10家月22・8・39(「母方実家の家名を存続させ、その祭祀を行わせる目的で婚姻共同生活関係を終了させる意思がないのに、父母が協議離婚を出して母が復氏したうえ、妻子を有し独立の生計を営んでいる子から、右復氏した母の氏への変更許可を申し立てた事案について、個人の尊厳、両性の本質的平等の理念に背馳する結果をもたらさず、かつ民法791条1項の申立趣旨に反しない)、不許可例としては、静岡家裁富士支審昭和50・9・2家月28・8・55(「母がその実家の家名を息子夫婦に承継させる目的で実質的な夫婦関係解消の意思もなく父と協議離婚して復氏し、息子夫婦から母の氏への変更許可を申し立てた事案につき、本件申立ては、子の氏変更により家名を承継するという専らいわれない因習的感情を満足させるためになされたものと認めざるを得ず、家の制度を廃止した現行民法の精神に反し、子の氏変更申立権の濫用として認容することができないし、また、父母の協議離婚は無効で母は以前復氏していないのであるから申立の前提を欠く)等がある。さらに、こうした家名観念に関連して、死亡した父または母の氏への子の氏の変更を認めるものとして、神戸家審昭和36・2・21家月13・5・152(現行法の氏は個人の呼称ではなく、なお家名的観念を否定し得ない)、横浜家裁川崎支審昭和43・12・16家月21・4・158(本条は亡父母への氏変更につき制限を加えておらず、また戸籍法107条の特例と解することができ、子の氏を亡父母の氏に変更することが許されるとする。その理由として、本条は亡父母への氏変更につき制限を加えていないこと、氏は個人の呼称であるが、同時に一定の親族団体の共通の呼称であっても、決していわゆる家名ではないこと、仮に家名承継のためだとしても、本件許可により個人の尊厳と両性の本質的平等を害することはないこと、氏いかんは祭祀承継者の資格に影響することがあるが、本件申立てはそれがためのものとは認め難く、仮にそうでないとしても、これがために家制度復活に資するものとはいえない、等を挙げる)があり、逆に学説の多数説に立つ裁判例としては、大阪高決昭和49・11・15家月27・12・56(本条による子の氏変更の制度は、「現実に生活を共にする親子の間においては、たがいに同一の氏を称し、又は称せしめ度いという国民感情として設けられた規定」であり、その立法趣旨からすると、本条による子の氏変更が認められるためには、その父・母が生存していなければならないとしたもの)がある。以上の審判例は、仮装離婚をしてまでの母方実家の氏を称させたいという国民感情がかなり根強いものであることを示している。どちらも、子の母方の実家に養親となる母の父母、祖父母が死亡しているか、または養親になる適当な者が得られないことなどによって養子縁組をすることができないため、子が離婚により復氏した母の氏を称しようとしたものと解される。うち、不許可とした審判は、家名承継はいわれない因習的感情を満足させるためのものと認められるので、家の制度を廃止した現行民法の精神に反するとしているが、そもそも旧民法の家制度にみられた個人の尊重と両性の平等に反する規定を排除するためであつて、氏については現行民法においても夫婦は夫又は妻のいずれかの氏を称しなければならないし、子は父母の氏を称することとされているなど氏については家名承継的なものは生きていのであるから、申立人の自由な意思に基づくものであり、(15歳未満の未成年者であっても)関係する親族が望むものであるならば、家制度の悪弊として否定する

必要はないだろう。

- 26) 大棟治男「父・母と氏を異にする子が父・母の氏を称する場合の家庭裁判所の許可について」細川清・海老原吉宗編『家族法と戸籍—その現在及び将来』(戸籍誌第500号記念論文集、テイハン、1986年)262-263頁、他。
- 27) 前掲注13)『新版注釈民法(23)』643-645頁[梶村]
- 28) 前掲注7)『新・判例コンメンタル12』165頁[原田]
- 29) 前掲注13)『新版注釈民法(23)』633頁以下[梶村]
- 30) 沼正也「私法体系における氏名の位置づけ 氏の血縁性」高梨広之ほか『家族法と戸籍の諸問題』(戸籍時報100号記念論集、日本加除出版、1966年)17-18頁参照。
- 31) 東京地判昭和5・7・31新聞3218・4。氏の侵害者に対し使用禁止を請求する適格を抽象的に認める。他に、日本における氏名権を争う判例等について、田中道裕「氏名権の法理」民商120・4=5・702以下参照。
- 32) 嫡出子の例ではあるが、未成年のうちに両親の離婚によって母の氏へ変更した妻帯者が、父の所在不明のまま、父の氏への氏変更を認められたものがある。婚外子についても、25歳の婚外子について和歌山家審昭和44・10・21家月22・6・82は、「最近二、三の結婚話もあるが、同居の父と氏を異にすることなどが一因となつて話が纏らなかつたこともあるというのである。申立人も思慮分別ある年齢に達しており、十分に自己の将来の生活や福祉を考えて本件申立をしたものと推認」され、父と正妻との婚姻関係は既に崩壊とみるべきものであるが、その決着は「本件とは別途にその手続を進めるべきである」ため、子の福祉を重視すべきであるとして氏変更が認められた。
- 33) 東京家審昭和46・7・29家月25・1・68。小学校入学年齢に達していること、父と同居する生活の関係上から、父と同氏を称する必要性が実際上高いことを認めている。
- 34) 大阪家審平成9・2・14家月49・9・124。なお控訴審は大阪高決平成9・4・25家月49・9・116、この判批に二宮・百選第6版62頁、他。
- 35) 大阪家審昭和46・9・3家月24・9・161、判タ282・402。
- 36) 山口家審昭和63・12・5家月41・7・106。
- 37) 高松高裁丸亀支審昭和39・6・9家月16・12・36。
- 38) そのなかでも、婚外子の福祉・利益を優先する立場として、高松高裁丸亀支審昭和39・6・9家月16・12・36等、婚姻家族の利益を優先する立場として、青森家裁野辺地審昭和35・11・24家月13・4・18、大阪高決昭和43・3・12家月20・9・64、徳島家審昭和52・9・24家月30・5・115、東京高決昭和59・3・30家月30・5・115、東京高決昭和59・3・30家月37・3・76等多数、に分けられる。
- 39) 新潟家審昭和46・12・21家月25・2・94判タ291・372。
- 40) 東京家審昭和35・11・21家月13・4・104。同趣旨のものに、東京家審昭和42・8・10家月20・3・69、福岡高決昭和43・12・2家月21・4・137。
- 41) 青森家裁野辺地審昭和35・11・24家月13・4・18。同趣旨のものに、新潟家審昭和39・12・2家月17・2・40、東京家審昭和39・12・14家月17・2・45、富山家審昭和41・3・31家月18・11・65、福島家審昭和42・8・10家月20・3・72、大阪高決昭和43・3・12家月20・9・64、大阪家審昭和43・8・14家月20・12・91。
- 42) 東京高決昭和59・3・30家月37・3・76、他。
- 43) 東京高決昭和59・6・14家月37・3・83、他。
- 44) 二宮・百選第6版62-63頁、大阪高決平成9・4・25家月49・9・116。
- 45) 婚姻家族の反対に対して、婚外子のあることは認知によって明らかとなっており、「婚姻関係は夙に破綻し戸籍面上にその形骸をとどめているに過ぎない、いわゆる外縁関係に近い実態にあるものであるから、戸籍面に申立人の入籍事実が加わつたとしても、これにより右嫡出二子の就職・結婚により不利な条件が加わるものとは考えられないものといわなければならない」。さらに、「その原因の如何を問わず不貞の非難を免がれないものであるが、さればとてこれにより出生した申立人等婚外子その者には罪がないものといわねばならない」とした上で、「申立人は、法律上嫡出子という身分取得を否定され社会的にも不遇な立場に置かれておるのであるから、さらにこの上現実の生活共同関係にある父の氏を称する途をも塞いでしまうということは酷に過ぎる」ものであり、児童福祉法第一条を引用して、「児童の私法的権利関係の設定変更についても、他の法益との調整を考慮しつつ可及的に尊重されなければならないことは当然」であるため、「しかして、このことは児童が嫡出子であると、婚外子であることによつて差別さるべきでないことも憲法第一四条の趣旨に照らし明白である」として、氏の変更を認めた。
- 46) 大棟・前掲注26)「父・母と氏を異にする子が父・母の氏を称する場合の家庭裁判所の許可について」266頁、他。同趣旨のものとして、大分豊後高田支審昭和48・12・21家月26・8・56が挙げられる。
- 47) 後に述べる嫡出否認後の子の氏のほかにも、民法772条の推定が重複し、子の規定では父が誰かを定

められない、いわゆる「父未定の子」の場合が考えられる。この場合、民法 773 条の「父を定める訴」によって確定するまで父未定の子として扱われるが、このような子の出生届の届出義務者は母（戸籍法 54 条）とされ、どちらの夫の嫡出子として届出しても、受理されないことになる。従って、父が確定するまでは、子は出生当時の母の氏を称し母の戸籍に入るとされる。また、夫の氏を称する婚姻後 200 日以内に妻が婚外子を出生し、直ちに離婚復籍する場合でも、子は出生当時の母の氏（婚姻当時の母の氏）を称して母の夫の戸籍に入るとした先例がある。婚外子は出生によって確定した母の氏を称し、その戸籍へ入籍するという原則に従うものである。

48) 澤田省三『ガイドンス戸籍法・出生編』（テイハン、2001 年）177-179 頁では、この場合は子の出生当時の母の氏を「取得」と説明される。

49) 立石・前掲注 5)「家族の氏と戸籍」544-545 頁。「婚外子の保護は、法律上の父子関係を明らかにして、子が『父の氏』を称しうる」ことだとして、「家庭裁判所は、親子関係があるかないかを調査し、ないなら不可、あるなら必ず許可すべきである」とする。

50) 中川善之助編『註釈親族法（上）』（有斐閣、1950 年）363 頁 [青山道夫]、「かかる嫡出子が母の氏を称するとしても、一向差し支えないことではなかつたろうか。このように考えると、氏は、新法では単に個人の呼称といわれるが、やはり父系的親族呼称の要素が強い」。

51) 民法 791 条によって氏を変更する場合には申立人の真意に基づくことを要するとされているが、申立時に子が 15 歳以上であっても、未成年で未だ思慮分別の十分でないときに改めた氏であり、また申立時に子が 15 歳未満の時は、法定代理人が子の意思に基づかないで、その氏を変更したものである。そのため、子が成年に達した際に、子自身の自由な意思によって再考慮する機会を与えようとするのが 4 項である（前掲注 12）『注釈民法（22）』[沼辺]参照。なお、このいわゆる成年復氏は、父母死亡の場合も可能であると解されることについて、前掲注 13）『新版注釈民法（23）』653 頁 [梶村]参照。従前の氏について、767 条「婚姻前の氏」や 816 条「縁組前の氏」のように現在の氏に改める直前の氏を指すとされるが、民法 791 条によって 2 回以上改氏している場合は、直前の氏から当初の氏へ順次復氏することも認められている（昭和 23・1・13 民事甲 17 号通達）。また、戸籍法 107 条によって従前の氏が改氏されている場合は、その変更後の氏に復する（同通達）。ただし、婚姻によって氏を改めたものは、婚氏が優先されるからこの規定による復氏できない。また、未成年のうちに自己の氏を称する婚姻をした者は、婚姻成立から 1 年以内に復氏を行うことができる（昭和 23・9・21 民事甲 1989 号回答。前掲注 13）『新版注釈民法（23）』653-654 頁 [梶村]）。また、氏を変更した子が養子となって氏を改めた場合、縁組継続中はこの規定による復氏を行うことはできないが、成年に達した後 1 年以内に離縁した場合、変更前の氏に復することができる（離縁届出 + 復氏届出をしなくても）離縁届書に本条 4 項による復氏をする旨記載することで足りる（昭和 27・9・17 民事甲 220 号回答）。

52) 「特別座談会・家族法の改正に向けて（上） 民法改正委員会の議論の現状」（中田裕康・内田貴・大村敦志・角紀代恵・窪田充見・高田裕成・道垣内弘人・水野紀子・山本敬三・吉田克己）ジュリ 1324・46 以下。

53) ジュリ 1324・59-60、68-69 頁 [大村敦志]

54) ジュリ 1324・60-61 頁 [大村・条文素案]

55) ジュリ 1324・68-69 頁 [大村]

56) 「特別座談会・家族法の改正に向けて（下） 民法改正委員会の議論の現状」ジュリ 1325・148 以下、棚村政行「嫡出子と非嫡出子の平等化」ジュリ 1336・26 以下等参照。

57) 水野紀子「子どもの平等権 非嫡出子問題を中心として」家族 10・168-169 頁。日本法の氏についての「同居家族間や核家族間では同じ氏であるべきである」という従来の公序感覚から脱却して、本人の人格権という観点からとらえることが今後の公序となるべきだと考える。したがって、両親のどちらかの氏への変更は、届出だけで可能とすべきであり、民法 791 条については、氏変更の自由化という方向での立法的見直しが必要であるとする。

58) 沼・前掲注 30)「私法体系における氏名の位置づけ」14 頁参照。氏と名とが異なる所以であり、同一呼称の子の氏の変更を認める方法として、家庭裁判所は民法上の氏と呼称上の氏の違うことを用いたが、法的に同一の「名」は存在しないのに対し、法的に同一の「氏」があるように、氏の「取得」について個人の人格を考慮する性質のものではないことを指摘する。

59) 広瀬清吾「氏名法について ドイツと日本の比較法史的考察」太田知行・中村哲也編『民事法秩序の生成と展開』（広中俊雄先生古希記念論文集、創文社、1996 年）259 頁では、出生による氏名の取得については、子の福利を基準に制度化を行ない、子の成熟に応じて、変更についての意思的参加を保障する必要があり、今後の私法的氏名法から公法的氏名法への展開の中で個人の氏名権（とくに変更の自由）と氏名の社会的機能（識別機能、管理機能）の調整が重要になると指摘している。

主指導教員（南方暁教授） 副指導教員（成嶋隆教授・中村哲也教授）